

A PROPOSITO DE «DEFENSA DE LA CONSTITUCION Y PARTIDOS POLITICOS», DE IGNACIO DE OTTO (*)

FRANCISCO J. BASTIDA

«En la democracia la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática. El demócrata propende más al positivismo jurídico que al Derecho natural.»

H. KELSEN

Por fortuna es ya abundante la bibliografía española sobre los instrumentos de defensa de la Constitución y en torno a diversos y muy variados aspectos de los partidos políticos. Pero se cometería un grave error si se incluyese el libro objeto de comentario como un título más que se añade a tales investigaciones. Basta reparar en quien es su autor, el profesor IGNACIO DE OTTO, para intuir que, cuando menos, no se asistirá a la lectura de un texto anodino, que se deja llevar por los caminos trillados de la doctrina jurídica. La solvencia intelectual y científica de I. DE OTTO, contrastada durante años y a través de sus ya numerosas publicaciones, explica que estemos ante un libro *de autor*, cuya sola firma avala el interés y el rigor de su contenido.

En efecto, la obra responde con creces a lo que se espera del autor y del tema propuesto. En medio de un mercado bibliográfico lleno de enfáticos títulos bajo los que se cobijan recopilaciones de los más variados artículos, es grato hallar un libro que, titulado *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, es una auténtica monografía, pues imbrica los dos elementos para convertirlos en un solo objeto de análisis. La defensa de la Constitución se estudia como supuesto condicionamiento del derecho a crear partidos políticos y

(*) IGNACIO DE OTTO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

el régimen especial de éstos, como hipotético instrumento de defensa de la Constitución. Además, la investigación se construye a partir de una idea de «defensa» distinta de la habitualmente utilizada en la bibliografía española sobre la materia, lo que permite contemplar desde ángulos inéditos la proyección y resonancia constitucionales del régimen jurídico de los partidos políticos.

La más reciente idea de defensa de la Constitución, elaborada en Alemania y que aquí se incorpora de modo crítico, tiene el acierto técnico de ofrecer un criterio específico delimitador del concepto y que consiste en recoger todos aquellos supuestos en los que se declaran ilegales «actividades que no suponen infracciones de normas constitucionales ni constituyen ilícito penal, pero que tienen por finalidad atacar el orden constitucional». No se trata, pues, de una teorización que pretenda depurar el ambiguo concepto tradicional de defensa de la Constitución, sino de su reconstrucción desde coordenadas completamente distintas e incluso opuestas. El *objetivo* deja de apuntar hacia el infractor de la norma constitucional y la mira se dirige contra el «enemigo» y, dado que lo que se persigue no son actos sino «actitudes», el *objeto* de la defensa no es la Constitución, sino el conjunto de valores sobre los que ésta se asienta. En pocas palabras, lo que se defiende es la constitución material, el régimen político, por encima de la Constitución como norma jurídica fundamental.

El libro pone de manifiesto desde sus primeras páginas este sentido institucionalista del concepto debatido, y no es de extrañar que un normativista como I. DE OTTO comparta las objeciones formuladas por algún sector de la propia doctrina alemana sobre los peligros políticos y jurídicos que se derivan de tal noción y corrobore la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas que la tipifiquen. Sin embargo, el análisis más sugerente se encuentra en el examen que se hace de los artículos 6 y 9.1 de la Constitución española, en relación con el problema de si es constitucionalmente lícito hallar en el régimen jurídico de los partidos algún elemento de esta nueva idea de defensa de la Constitución e incluso de si es posible aplicar a todo el ordenamiento una cláusula de «democracia militante», que condicione la reforma de la norma fundamental y el contenido y ejercicio de las libertades públicas. El hilo argumental que lleva hacia una respuesta negativa es impecable y no cabe desautorizar el razonamiento seguido acudiendo a la crítica fácil de la eterna ceguera política del positivismo legalista. Sin duda habrá quien ante la lectura de la obra comentada concluya que es un trabajo negativo desde una perspectiva científica (al desechar el concepto tradicional de defensa de

la Constitución y suscribir abundantes reservas sobre el de nuevo cuño) y liquidador de la democracia, desde otro de carácter político. Sin embargo, es en este punto donde la monografía alcanza su mayor coherencia y su más elevada catadura moral y política. Cabe incluso decir que, tras un reposado estudio del texto, se tiene la impresión de que el análisis puramente jurídico del problema se ha aplicado, además, como método mejor para defender la Constitución y la democracia sin adjetivos.

El talante político que se desprende del discurso jurídico de este libro recuerda mucho el de otro, que se manifiesta de modo directo, por ser de corte filosófico: *Esencia y valor de la democracia*, de H. KELSEN. Salvando las distancias de todo tipo, en ambos existe una misma estructura de razonamiento, aunque difieran en el objeto inmediato de análisis. No es casualidad que el autor de *Teoría pura del Derecho* haya escrito *Esencia y valor de la democracia*, como no es casualidad que en el libro del profesor DE OTTO la salvaguardia, a veces fogosa, de la democracia se haga desde el rigor, frío y vehemente a la vez, de la lógica jurídica; como tampoco lo es que la defensa de la Constitución democrática se haga desde la defensa de la Constitución como norma jurídica frente a una idea de «defensa» y, sobre todo, de «democracia militante» que en su articulación jurídica, a fuer de degradar la positividad del ordenamiento que aquella Constitución fundamenta, resulta ser dudosamente democrática.

Positivismo y democracia tienen en común la idea de positividad, esto es, la capacidad de crear normas jurídicas y, en consecuencia, de estructurar la sociedad sin más sujeción que el cumplimiento de las normas que regulan dicha creación. La democracia lo que añade es una específica organización de la producción jurídica, sin que ello suponga un condicionamiento ideológico a tal actividad normativa. La «esencia» de la democracia es el pluralismo en todas sus facetas; cualquier valor es perseguible en ejercicio del mencionado pluralismo y ninguno puede afirmarse con carácter exclusivo y absoluto. Al hacer abstracción de los valores, la hipótesis lógica en que se sustenta la democracia se reduce a un específico principio procedimental, exponente del pluralismo: voluntad de la mayoría y respeto a la minoría. El valor de la democracia es, pues, un valor *procedimental* y no un valor finalístico en sí. Precisamente este punto de encuentro de positivismo y democracia explica que uno y otra compartan una crítica hecha desde posiciones jurídicas valorativas de distinto signo que, en cualquier caso, sostienen la primacía de la decisión que subyace en la producción de la norma constitucional sobre el método determinado de dicha producción. La crítica schmittiana a la con-

cepción formalista de las normas de reforma constitucional, por reducirlas a «normas en blanco», no se aleja en su juicio, aunque sí en su intención, del que desde la tesis de la «democracia militante» y del «Estado de seguridad» se hace contra las ideas del Estado neutral y de la Constitución como norma jurídica fundamental, no vinculada al régimen político que la propicia.

En apenas dos páginas, en un apartado que lleva el expresivo título «La defensa de la Constitución y la 'ilusión de los juristas'», I. DE OTTO desmantela, con un realismo no exento de ironía, la crítica común contra el «positivismo suicida», que permite la «marcha a través de las instituciones», y concluye: «La principal amenaza del orden constitucional no proviene, en la medida en que exista, de las organizaciones políticas enemigas del orden constitucional y del propio Estado, sino de la reacción de instituciones de éste para las que la actividad de los enemigos puede ser espoleta o simple pretexto. Por eso el problema principal no podría ser en ningún caso el de la ilegalización del enemigo, sino el del control del aspirante a salvador.» Pudiera añadirse que la conclusión no deriva sólo de un examen de la situación política o de la historia, que DE OTTO concreta con ejemplos esclarecedores. También es posible extraerla de un análisis de la estructura del ordenamiento como conjunto de normas sancionadoras, al que el propio autor de la obra comentada ha dedicado amplio espacio en sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, I. Si el ordenamiento jurídico regula el uso de la fuerza física, pero para su eficacia última necesaria para que siga existiendo como tal ordenamiento, no se sustenta en otra fuerza física distinta a la regulada (en última instancia, la atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), el ordenamiento permanecerá vigente en la medida en que las instituciones a las que se atribuye el uso de la fuerza básica de disuasión se comporten de acuerdo con lo dispuesto para ellas en las normas que las regulan. No hay mecanismos constitucionales de defensa, ni siquiera los de «defensa constitucional», contra los que, poseyendo el uso legal de la máxima fuerza, la ejercen victoriosamente de modo ilegal. Y es que no hay marcha más fácil «a través de las instituciones» que la de aquellos que por definición legal son sujetos de las mismas. Si, como ha resaltado LUHMANN, en un medio social en continua evolución y diversificación de valores es un factor de estabilidad reconducir la legitimidad hacia los aspectos procesales del ordenamiento, siempre más duraderos y más fáciles de reconocer y aceptar por todos, se hace tanto más necesaria la vinculación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a la defensa de una legitimidad procedimental de la democracia, destinada a garantizar en último extremo el cumplimiento de las normas

de reforma constitucional en que ésta cuaja, y no a la de una legitimidad de urdimbre axiológica, ligada a un «orden constitucional», siempre de más dudosa determinación e identificación.

Desde luego, la función de los Tribunales Constitucionales es totalmente distinta a las de aquellas Fuerzas y Cuerpos y su actividad como supremo intérprete de la Constitución le obliga con igual intensidad a salvaguardar también los valores constitucionales y, por tanto, una legitimidad axiológica y no sólo procedimental. Pero convendría no perder de vista que la salvaguardia se ha de limitar a los valores positivizados en el texto constitucional y que la licitud de la actuación de dichos Tribunales se circunscribe en los contornos procesales marcados por la propia Constitución y por la ley que los rige. Del análisis del profesor DE OTTO se desprende la posible extralimitación en que incurre el Tribunal Constitucional Federal alemán al elaborar la doctrina de la «democracia militante» sin un apoyo explícito en la Ley Fundamental de Bonn. De la «marcha a través de las instituciones» no están excluidos los propios miembros del citado Tribunal, quienes, sin duda, no encaminarán sus sentencias a la destrucción de la democracia, pero sí puede que a condicionarla seriamente. Igual que nadie arrasa la libertad en nombre de la tiranía, cabe suponer que nadie debilita la democracia en nombre del autoritarismo, sino de una democracia «fuerte», «eficaz», quizá «militante». Los artículos de ABENDROTH o de V. BEYME o los escritos de BÖLL ilustran con elocuencia la situación política alemana moldeada por la práctica de los instrumentos de defensa de la Constitución y de democracia militante.

Las otras dos partes del libro son una aplicación de las reflexiones iniciales al régimen jurídico de los partidos políticos en España. Descartada la posibilidad de hallar en la Constitución española elementos de «defensa» de la misma, similares a los de la Ley Fundamental de Bonn, y afirmada la idea de que no hay más «enemigo» del ordenamiento constitucional español que aquel que se sitúa en la posición de «infractor» del mismo, queda al desnudo la incoherencia y la contradicción existentes entre la legislación sobre asociaciones políticas y el texto constitucional. Sin embargo, esta conclusión no es tan fácil como pudiera parecer. El desbrozo del terreno plantea múltiples interrogantes que sólo se explican si se tiene en cuenta la historia más reciente de nuestro país. Lo que deja al descubierto DE OTTO tras meter el arado constitucional por las normas que regulan el derecho de asociación política es un cable retorcido que marca el tortuoso camino seguido por una de las coordenadas más importantes de la transición política. Los partidos

políticos (uno de los demonios familiares del franquismo junto con la masonería, otra forma de asociación) han pasado, en muy breve espacio de tiempo, de la prohibición más absoluta a su incorporación constitucional. Quién no recuerda el primer discurso de ARIAS NAVARRO como presidente del Gobierno y sus referencias al asociacionismo, o el discurso de ADOLFO SUÁREZ, a la sazón Ministro Secretario General del Movimiento, en la presentación a las Cortes de la Ley sobre el Derecho de Asociación Política, o aquel otro con el que se intentaba convencer a las Cortes del carácter inocuo de la reforma del Código Penal sobre delitos de asociación ilegal, del año 1976... Para DE OTTO el arado constitucional ha roto aquel cable legislativo en muchos tramos importantes, especialmente en lo que respecta a la institución del registro de asociaciones políticas o de partidos, ya estudiada por el propio DE OTTO en varios trabajos (véase, por ejemplo, «El concepto de asociación política en la legislación española», en la obra colectiva, edic. PEDRO DE VEGA, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Edicusa, Madrid, 1977) y no caben componendas interpretativas de ningún tipo.

No deja de ser curioso cómo el análisis jurídico, tachado siempre de cegato para con la realidad política, se revela como un medio capaz de reflejar con mayor claridad el profundo cambio sufrido en dicha realidad, hasta el punto de que las contradicciones chirrían con más nitidez en el campo jurídico que en el político. La segunda y, sobre todo, la tercera parte del libro son viva expresión de la ruptura de método y contenido que introduce la Constitución de 1978 en el régimen jurídico del derecho de asociación. La pretensión de vigencia del actual instituto registral en el período postconstitucional únicamente obedece a razones políticas que se concretan, primero, en el respeto a las reticencias y condicionamientos fácticos que rodean la legalización de los partidos y, más tarde, en el deseo del Ministerio del Interior de reconducir tal institución hacia esquemas propios del concepto de «defensa de la Constitución».

En el trabajo quizá se echa en falta una alusión explícita al caso de Herri Batasuna, porque no hay mejor ejemplo para demostrar en la práctica la certeza de la crítica implacable que se hace del Registro de los partidos concebido como control de legalidad de éstos. Tal supuesto refleja con meridiana claridad no sólo la inconstitucionalidad de un control de este tipo, sino también su inutilidad. Herri Batasuna ha actuado *de facto* como un partido hasta su legalización, pero a través de una forma jurídica diferente de la que tendría tras su paso por el Registro. Hasta hace bien poco Herri Batasuna se hallaba configurada como una asociación de hecho, que actuaba

electoralmente bajo la fórmula de la «Agrupación de electores» y se beneficiaba de casi todas las ventajas económicas y publicitarias de los partidos políticos legalmente constituidos, pero sin participar en los inconvenientes que conlleva la forma jurídica de éstos. El caso Herri aBatasuna es, además, paradigma de las contradicciones que surgen a la hora de dilucidar la jurisdicción competente para examinar la denegación del registro, como ya se puso de manifiesto en las sentencias relativas a partidos comunistas. La reciente decisión judicial que ordena al Ministerio del Interior la inscripción de Herri Batasuna en el Registro de partidos es la puntilla a un sistema que, por inconstitucional, desde un punto de vista jurídico, por absurdo, desde un punto de vista técnico, y por ineficaz, desde un punto de vista político, no debió de aplicarse con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

DE OTTO combina las críticas con propuestas que, aun siendo concretas, rezuman sobre todo una petición general al legislador: que sea coherente con el punto de partida que adopte y que, desde luego, no contradiga la Constitución. Si se decide establecer un mecanismo de defensa constitucional frente a los partidos, éste deberá construirse sobre un sistema de prohibición previa de los que incurran en tal supuesto. Si el Registro no puede ser un control sobre los fines de las asociaciones políticas, no ha de haber inconveniente en afirmar la naturaleza constitutiva de la inscripción registral. Si el derecho de asociación en un Estado constitucional democrático produce una pluralidad de formas de organizar la vida asociativa, el Registro específico de partidos sólo puede tener sentido a efectos electorales, como testimonio de las asociaciones que concurren a elecciones y no como autorización de la actividad partidista. El libro está lleno de sugerencias a las que el legislador debería estar atento durante los próximos períodos de sesiones parlamentarias, en los que se debatirán leyes de tanta importancia como las de creación y financiación de partidos o de tipificación como asociaciones ilícitas de aquellas que puedan ser consideradas contrarias al orden constitucional. La oposición ya ha anunciado algunas proposiciones con esta finalidad.

Las sentencias del Tribunal Constitucional acerca de la naturaleza y carácter del Registro de partidos son tajantes y será difícil que las normas futuras sobre la materia cambien de forma radical el criterio interpretativo de dicho Tribunal. No obstante, habrá que examinar si la situación política nacional e internacional no alienta la introducción de mecanismos de defensa de la Constitución. Por ejemplo, el Registro quizá se mantenga sólo a efectos electorales, pero, con tal motivo, puede que, de manera sesgada, se le asigne a la inscripción un carácter de licencia para tales actividades y, por

tanto, se la convierta en un instrumento de control material de las asociaciones que deseen concurrir a los comicios. En principio no tendría porqué exigirse a tales organizaciones políticas un pronunciamiento formal de adhesión a la Constitución, si se tiene en cuenta la diferenciación entre vinculación «positiva» y «negativa» a la Constitución que establece el Tribunal Constitucional en sus sentencias 101/83 y 122/83. En repetidos fallos este Tribunal ha declarado que los partidos políticos no son poderes públicos y, en consecuencia, la vinculación «positiva», que consiste en un «deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución», corresponde sólo a dichos poderes. Los partidos, al igual que los ciudadanos, tienen sólo una vinculación «negativa». Ahora bien, pudiera entenderse que las funciones electorales son funciones «públicas» y que los partidos, en cuanto ejerzan tales funciones, son poderes públicos. En consecuencia, aquellas organizaciones políticas que desearan participar en elecciones deberían formalizar una voluntad de aceptación de la norma fundamental del Estado. (En el proyecto de la vigente Ley Orgánica de Régimen Electoral General se exigía para la formalización de la candidatura un escrito de acatamiento de la Constitución firmado por cada candidato). La medida tendría un indudable alcance político en el caso de Herri Batasuna, pero jurídicamente no cambiaría en sustancia la función del Registro. Según se acaba de decir, para el Tribunal Constitucional tal acatamiento no significa otra cosa que un deber positivo de actuar de acuerdo con la Constitución, no una adhesión ideológica a la misma. Sin embargo, cabría pensar maliciosamente si el legislador no intentará aderezar el requisito de adhesión a las «reglas del juego» con alguna otra exigencia encaminada a que los partidos expresen su «reconocimiento con las instituciones democráticas». Alguna sentencia del propio Tribunal Constitucional da pie para ello con afirmaciones que pudieran contradecir lo sostenido en los fallos antes citados:

«En este derecho (de libertad de expresión) no es lícito involucrar lo que es libertad de información de hechos y noticias y lo que es objeto de crítica política y de la difusión ideológica. Una y otra línea del derecho —las noticias y las opiniones— encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino

el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política» (sentencia 51/85, f. 10).

En suma, el libro que nos ocupa es fiel a la concepción jurídica mantenida por IGNACIO DE OTTO a lo largo de sus investigaciones. Una concepción, y una concreción de la misma al trabajo ahora comentado, que muestra que la Constitución se defiende aplicándola y que cuando por encima de la norma se sitúa la legitimidad política como parámetro de constitucionalidad, se acaba juzgando las actitudes por encima de los actos en sí. Lo decisivo, entonces, no será el comportamiento ante las leyes, sino el «sentimiento constitucional» que cada cual albergue hacia aquella legitimidad, concepto el entrecomillado tan caro para algunos juristas deseosos de atribuirle valor normativo. Habrá que tener muy presente este libro en la futura regulación de los partidos políticos y de supuestos de defensa de la Constitución, porque es aviso serio y lúcido de la grave distorsión que puede sufrir el principio constitucional de libertad *de* la democracia, al verse reemplazado por el de libertad *en* democracia, en una específica concepción de la democracia (democracia militante) en la que los derechos fundamentales podrían perder su carácter de normas de libertad y aparecer configurados como normas de competencia, de habilitación por el Estado a los individuos y grupos para el cumplimiento de determinadas funciones.

